

Stellungnahme

Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG)

Zusammenfassung

Der eco Verband der deutschen Internetwirtschaft begrüßt die Absicht des Gesetzgebers, einen zukunftsorientierten und einheitlichen Rechtsrahmen für die deutsche Internetwirtschaft zu schaffen, sieht aber beim vorgelegten Entwurf an verschiedenen Stellen Probleme:

- **Abgrenzungsproblematik, Doppelzuständigkeiten und Überregulierung:**

Der vorliegende Entwurf schafft keine ausreichende Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer, weil die Abgrenzungsregeln zwischen Internet- und Telemediendiensten einerseits und Telekommunikationsdiensten bzw. Rundfunk andererseits nicht klar genug gefasst sind. Dies führt zu Doppelzuständigkeiten von Aufsichtsbehörden, z.B. zu der grotesken Situation, dass bundesweit tätige Internet-Service Provider den unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Landesdatenschutzbehörden ausgesetzt sind.

- **Bekämpfung von Spam:**

Die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes ist ein stumpfes Schwert und nicht geeignet, dem Problem Spam beizukommen. Oft erfolgt der Versand aus Ländern, in denen dieses Geschäftsgebaren nicht rechtswidrig, zumindest aber nicht justiziabel ist.

Selbstregulierungsmaßnahmen der Wirtschaft und die internationale Zusammenarbeit ihrer Verbände und Organisationen erreichen mehr als neue gesetzliche Regelungen. Gegen ausländischen Spam wirkungslos und einseitig die deutsche Internetwirtschaft behindernd ist dagegen das Vorhaben, Auflagen bezüglich der Ausgestaltung der Kopf- und

Betreffzeile zu schaffen.

- **Suchmaschinen und Hyperlinks:**

Suchmaschinenbetreiber stellen in einem automatisierten Verfahren lediglich Zugang zu Inhalten her, ohne diese kontrollieren zu können. Folgerichtig müssen sie in dem Gesetz als Zugangsanbieter qualifiziert werden und von der Haftung für Inhalte Dritter freigestellt werden. Ebenso ist eine klare gesetzliche Regelung der Haftung für Hyperlinks notwendig.

- **Überwachungspflichten / Störerhaftung:**

In der Rechtsprechung ist eine Tendenz dahingehend zu beobachten, den Betreibern von Foren, Internet-Auktionen, aber zunehmend auch von Suchmaschinen Prüfpflichten aufzuerlegen und damit eine Störerhaftung zu begründen, die auch die zukünftige Vermeidung von Rechtsverletzungen umfasst und damit proaktive Überwachungspflichten begründet. Hier ist eine gesetzliche Klarstellung – ein Verbot proaktiver Überwachungspflichten - dringend erforderlich.

I. Einleitung

Der eco Verband begrüßt das Bestreben nach einer Vereinheitlichung bestimmter rechtlicher Anforderungen für Tele- und Mediendienste in einem Telemediengesetz (TMG) des Bundes.

Das damit verfolgte Ziel einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung von Tele- und Mediendiensten aus einem Gesetz heraus ist ein weiterer, wichtiger Schritt auf dem Weg zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens, der dem durch die Medienkonvergenz geschaffenen Markt der „Telemedien“ gerecht wird.

Insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung und Entwicklung konvergenter Dienste wie „Triple-Play“ und IPTV-Diensten, aber auch der Entwicklung von Voice-over-IP-Diensten ist ein einheitlicher Rechtsrahmen und die damit verbundene Rechtssicherheit von grundlegender Bedeutung für die Entwicklung dieser innovativen Märkte.

Oberstes Ziel bei der Vereinheitlichung der Regelungen muss es daher sein, Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen. Dies kann nur gelingen, wenn der Rechtsrahmen den technischen Besonderheiten der Telemediendienste infolge der Verschmelzung von Telekommunikation und Medien gerecht wird. Gleichzeitig ist eine klare Abgrenzung zu Telekommunikationsdiensten einerseits, sowie klassischen Medien und Rundfunkdiensten andererseits zu gewährleisten. Dort wo dies nicht gelingt, droht den Marktteilnehmern neben Rechtsunsicherheiten insbesondere eine unnötige Überregulierung ihrer Angebote.

Für den Gesetzgeber bietet sich mit der Schaffung eines Telemediengesetzes eine weitere Chance, praktikable Abgrenzungskriterien zu Telekommunikation und Rundfunk zu formulieren. Dies ist umso mehr von Bedeutung, als kurzfristig nicht mit einer Vereinheitlichung der Regelungskompetenz von Bund und Ländern zu rechnen ist und die Marktteilnehmer damit um so mehr auf klare und praktikable Abgrenzungskriterien angewiesen sind.

Bei der Fortentwicklung dieses Rechtsrahmens ist es jedoch unerlässlich, die Rechtsentwicklung in der EU zu berücksichtigen. Hier ist insbesondere die derzeitige Revision der EU-Fernsehrichtlinie (89/552/EWG) bzw. die geplante Schaffung einer „Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste“ zu nennen, die ebenfalls vor dem Hintergrund digitaler Technologien und konvergenter TV-Dienste versucht, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nachzukommen. Die geplante Ausdehnung dieser Richtlinie auf „nicht-lineare“ Mediendienste, die bereits von der E-Commerce Richtlinie erfasst sind, wird vor dem Hintergrund der Gefahr einer Doppelregulierung kontrovers diskutiert. Darüber hinaus hat die EU-Kommission mit der Evaluierung der E-Commerce Richtlinie begonnen. Der Evaluierungsbericht soll 2007 vorliegen. Auch hier ist daher mit Änderungen zu rechnen, die sich unter Umständen auf das geplante Telemediengesetz auswirken werden.

eco empfiehlt daher dringend, diese Entwicklungen angemessen zu berücksichtigen. Gerade dort, wo durch die Evaluierung weitere Änderungen erwartet werden, fordert eco die Bundesregierung auf, eine Vorreiterrolle zu

übernehmen und nicht im Bewusstsein von Änderungsbedarf das Ergebnis der Evaluierung abzuwarten. Deutschland konnte durch das richtungsweisende IuKDG von 1997 die E-Commerce Richtlinie und damit den europäischen Rechtsrahmen maßgeblich mit prägen. Nunmehr besteht erneut die Chance, mit einem zukunftsorientierten Rechtsrahmen den Anforderungen der Konvergenz und dem Selbstverständnis als Innovationstandort gerecht zu werden und wieder eine Vorreiterrolle zu übernehmen.

Gelingt dies nicht sieht es die Gefahr, dass ein neu geschaffener, unzureichender Rechtsrahmen kurz nach seinem Inkrafttreten erneut anzupassen ist. Dies wäre mit erheblichen Rechtsunsicherheiten für die Internetwirtschaft verbunden und hemmt gerade mit Blick auf zunehmend konvergente Dienste empfindlich die Marktentwicklung.

II. Stellungnahme zu Artikel 1 – Telemediengesetz

Abschnitt 1

Allgemeine Bestimmungen

§ 1 – Anwendungsbereich

Die Regelung des Anwendungsbereichs führt bereits nach derzeitiger Rechtslage bei zahlreichen Angeboten dazu, dass sie sowohl dem TDG und dem TDDSG, als auch dem TKG und dem TK-Datenschutz unterfallen und die betroffenen Unternehmen damit zwei Rechtsrahmen gerecht werden müssen.

Der vorliegende Gesetzesentwurf beseitigt diese Problematik nicht in allen Fällen.

Vielmehr bleibt die Abgrenzung weiter schwierig bzw. ist für einige Dienste auch weiterhin eine Doppelregulierung beabsichtigt. Dies wird weiterhin zu Rechtsunsicherheiten und Überregulierung führen, die gerade im Bereich des Datenschutzes auch unterschiedliche bzw. doppelte Zuständigkeiten von Aufsichtsbehörden nach sich zieht.

§ 1 (1) TMG-E

Die Definition des Anwendungsbereichs des Gesetzesentwurfs lässt ebenso wie die diesbezügliche Begründung darauf schließen, dass im Hinblick auf die Abgrenzung zu Telekommunikationsdiensten die Doppelregulierung von Access- und E-mail-Providern nach TMG-E **und** TKG beabsichtigt ist:

a.

Das Gesetz soll für alle elektronischen LuK-Dienste gelten, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 / Nr. 25 TKG oder Rundfunk im Sinne von § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind.

Durch die Einschränkung des Verweises auf § 3 Nr. 24 TKG dahingehend, dass nur solche TK-Dienste nicht durch das TMG erfasst werden, die **ganz** der Übertragung von Signalen dienen verbleibt es bei einer Doppelregulierung solcher Dienste, die **überwiegend** eine Signalübertragung zum Gegenstand haben. Sie fallen weiterhin sowohl unter das TKG, als auch unter das neue TMG, so dass eine klare Abgrenzung insoweit nicht erreicht wird. Gerade das Merkmal „überwiegend“ wird jedoch zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen, da es je nach Lesart erheblichen Interpretationsspielraum zulässt.

Erschwerend kommt hinzu, dass die Abgrenzungsregelungen inkonsequent sind: Während nach § 1 Abs. 1 TMG-E grundsätzlich Dienste erfasst werden sollen, deren Gegenstand überwiegend die Signalübertragung ist, wird gerade für diese Dienste im Hinblick auf die Anwendbarkeit des TMG-Datenschutzes gemäß § 11 Abs. 3 TMG-E wieder eine Einschränkung der Anwendbarkeit des TMG-Datenschutzes geregelt¹. Dieses unübersichtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis führt zu weiteren Rechtsunsicherheiten.

eco empfiehlt daher, auf diese Einschränkung und dieses Kriterium zu verzichten, um eine trennscharfe Abgrenzung auch für solche Dienste zu schaffen, die überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen und damit ausschließlich dem TKG unterfallen sollten.

¹ Siehe dazu weiter unten, S. 11
Berlin, 06.12.2006

Soweit dieser Regelungszusammenhang tatsächlich europarechtlich vorgegeben ist² empfiehlt eco, diese Abgrenzungsproblematik im Rahmen der derzeit anstehenden Evaluierung der E-Commerce-Richtlinie zu berücksichtigen bzw. in die Diskussion einzubringen. Hier kann zum Beispiel eine Trennung zwischen dem Dienstangebot und dem rein technischen Übertragungsweg ein sinnvolles Unterscheidungskriterium sein. Im Übrigen entspricht dies auch dem seit langem geforderten zukünftigen Regulierungsmodell in der Telekommunikation, das sich von der derzeitigen horizontalen Regulierung hin zu einer vertikalen Regulierung entwickelt. Dabei wird nach der Infrastruktur als reiner Dienstplattform, dem Dienstangebot und dem Angebot von Inhalten unterschieden. Dieses Regulierungsmodell gewährleistet, dass gleiche Dienste auch gleich reguliert werden, unabhängig von der zugrunde liegenden Infrastruktur. eco empfiehlt, diese Trennung auch als Abgrenzungskriterium für den Anwendungsbereich des TMG-E zu übernehmen.

b.

Gegenüber der Regelung des Anwendungsbereiches in § 2 TDG ist im TMG-E auf die Nennung von Regelungsbeispielen verzichtet worden, weil dies – so die Gesetzesbegründung³ – im Zuge der Zusammenführung von Tele- und Mediendiensten entbehrlich sei.

eco ist der Ansicht, dass dies jedoch nicht für die Abgrenzung von Telemedien zu Telekommunikationsdiensten und Rundfunkdiensten gilt und deswegen die Nennung von Regelbeispielen zu diesem Zweck beibehalten bzw. in den Entwurf aufgenommen werden sollte.

So wird durch den Verzicht auf Regelbeispiele die Abgrenzung von Telemedien zum Rundfunk gegenüber der Definition in § 2 MDStV erheblich unschärfer. Dies gilt insbesondere für die bereits nach bestehender Rechtslage schwierige rechtliche Einordnung von Video-on-Demand-Diensten, für die bisher zumindest

² Vgl. Gesetzesbegründung, Teil B. Ziff. 1 a), 3. Absatz

³ Teil B Ziff. 1 a), 1. Absatz

das Kriterium der „Darbietung“ herangezogen werden konnte. Demgegenüber würde nach dem TMG-E zukünftig jedes Abgrenzungsmerkmal fehlen.

Auch im Hinblick auf eine ausdrückliche Klärung der Rolle von Suchmaschinenbetreibern sollte nach Auffassung von eco dringend eine Klarstellung durch die Aufnahme eines entsprechenden Regelbeispiels erfolgen. Darin sollte dem in der Gesetzesbegründung zum IuKDG von 1997 zum Ausdruck kommenden ursprünglichen Willen des Gesetzgebers entsprochen werden, in dem Anbieter von Suchdiensten als Zugangsanbieter qualifiziert werden⁴.

c.

Gemäß der Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 1 Satz 1 fällt zwar Internet-Telefonie nicht unter die Telemediendienste. Zugangsdienste (Internet-Access) werden jedoch nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich in den Anwendungsbereich des TMG-E mit einbezogen. Gerade diese Dienste fallen jedoch in aller Regel als Telekommunikationsdienste bereits in den Anwendungsbereich des TKG. Dies gilt insbesondere für Access-Provider, die ausschließlich im B2B-Segment tätig sind und Ihren Kunden nur Anschluss und Datenübertragung, also reine Carrierdienste zur Verfügung stellen. Auch in der Gesetzesbegründung sollte daher klargestellt werden, dass diese Dienste gerade nicht in den Anwendungsbereich des TMG-E fallen. Hier ist eine klar definierte, exklusive Anwendung von TMG-E oder TKG geboten, um den jeweiligen Anbietern ebenso wie Gerichten eine klare Zuordnung zu ermöglichen.

§ 5 – Allgemeine Informationspflichten

eco begrüßt, dass die Impressumsverpflichtung ausdrücklich nur noch für Diensteanbieter gelten soll, die geschäftsmäßig und in der Regel gegen Entgelt

⁴ Vgl. Begründung zu § 2 Nr. 3 TDG, BT-Drucksache 13/7385 vom 09.04.1997, nach der die von „Zugangsvermittlern – insbesondere Online-Anbietern – bereitgestellten Angebote zur Nutzung der neuen Dienste (z.B. Navigationshilfen)“ erfasst werden sollen. Suchmaschinenbetreiber vermitteln lediglich den Zugang zu fremden Inhalten und sind damit Zugangsvermittler im Sinne des § 8 TDG, vgl. Hoeren/Sieber, Multimediarecht, Kapitel 19, Rn. 275 unter Verweis auf eine Kleine Anfrage an die Bundesregierung, BT-Drs. 13/8153 v. 2.7.1997.

Telemedien anbieten. Dadurch ist klargestellt, dass Anbieter privater Websites keiner Impressumsverpflichtung unterliegen.

eco empfiehlt allerdings im Hinblick auf die allgemeinen Informationspflichten eine klarstellende Regelungen für mobile Telemediendienste, die über Mobiltelefone oder „Handheld“-Computer angeboten und genutzt werden („Medienverträglichkeitsklausel“). Hier lassen sich die vorgeschriebenen, umfangreichen Informationspflichten bereits aufgrund der geringen Bildschirmgröße nicht so darstellen, dass sie ohne weiteres durch den Nutzer wahrgenommen werden können.

eco regt daher an, für solche Dienste erhebliche Vereinfachungen zu ermöglichen, ohne das berechnigte Informationsinteresse der Nutzer zu beeinträchtigen. Hier kann beispielsweise das Kriterium der „unmittelbaren Erreichbarkeit“ nur eingeschränkte Anwendung finden.

§ 6 – Informationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen

eco begrüßt, dass die zunehmende Spam-Problematik in das Bewusstsein des Gesetzgebers gerückt ist und teilt die Auffassung, dass Spam erhebliche Produktivitätsverluste nach sich zieht und geeignet ist, das Vertrauen in die E-Mail Kommunikation nachhaltig zu stören. Gleichwohl lehnt eco die Schaffung des beabsichtigten Ordnungswidrigkeitentatbestandes aus mehreren Gründen ab.

Die Entwicklung zeigt, dass sich Spam immer mehr vom Ärgernis zu einer strafrechtlich relevanten Bedrohung entwickelt. Zunehmend wird Spam als Vehikel für Betrugsversuche in Form von „Phishing“ und „Pharming“ verwendet. Gleichzeitig werden die Infrastrukturen der Provider trotz erheblicher technischer Schutzmaßnahmen missbraucht. In diesen Begehungsbereichen ist die Problematik auf strafrechtlicher Ebene zu diskutieren. Die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes ist insoweit als Sanktionsmechanismus ungeeignet.

Soweit mit der geplanten Regelung eine Sanktion von „einfacher“ unerwünschter Werbung beabsichtigt ist, ist nach Auffassung von eco der bereits bestehende

Rechtsrahmen ausreichend. Die Einführung einer weiteren, über die wettbewerbsrechtliche Regelung des § 7 UWG sowie Ansprüche aus §§ 823, 1004 BGB hinaus gehenden gesetzlichen Regelung hält der Verband der deutschen Internetwirtschaft in der vorliegenden Form weder für erforderlich, noch für zielführend. Denn sämtlichen Regelungen ist gemein, dass sie insbesondere wegen der Internationalität des Spam-Problems und der Schwierigkeit der Identifizierung der Versender bei der Rechtsdurchsetzung an Grenzen stoßen. Dies wird auch für jede neue gesetzliche Regelung gelten.

Die Identifizierung der Versender als Grundlage für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche bereitet erhebliche Schwierigkeiten und ist in vielen Fällen gar nicht möglich. Eine Identifizierung ist oftmals nur durch die Kooperation von Spam-Empfängern und Providern möglich, wie sie von eco sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene betrieben werden. Dort wo die Versender identifiziert werden können handelt es sich in der absoluten Mehrzahl der Fälle um Absender aus Nicht-EU-Staaten. Die Durchsetzung von Ansprüchen scheitert jedoch in den Fällen, in denen der Spam-Versand aus Ländern erfolgt, in denen dieses Geschäftsgebaren nicht rechtswidrig, zumindest aber nicht justitiabel ist.

Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass sich auch die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes als stumpfes Schwert erweisen wird, da die zuständigen Ordnungsbehörden in der absoluten Mehrzahl der Fälle nicht in der Lage sein wird, den Versender zu ermitteln bzw. ein verhängtes Bußgeld zu vollstrecken.

Soweit Ordnungsbehörden im Falle der Versendung von Spam aus Deutschland tätig werden können, sind aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zu den berechtigten Interessen seriöser Direktmarketingkampagnen deutscher Unternehmen zu befürchten. Das Tatbestandsmerkmal „Verschleiern oder Verheimlichen der Kopf- und Betreffzeile“ birgt insbesondere im Hinblick auf die Betreffzeile die Gefahr, dass auch seriös werbende Unternehmen trotz Einwilligung des Empfängers wegen einer vermeintlichen Verschleierung belangt werden. Denn aus der Betreffzeile allein muss üblicherweise keineswegs der kommerzielle Charakter einer Werbe-E-mail

hervorgehen. Vielmehr ist es üblich und dem Verbraucher geläufig, dass Unternehmen themen- und anlassbezogen werben („Der Herbst ist da“, „Morgen ist Valentinstag“, „Jetzt zum neuen Eigenheim“). Derartige Angaben lassen zumindest keine eindeutigen Rückschlüsse auf den kommerziellen Charakter einer E-mail zu, ohne dass dies sanktionierungswürdig wäre. Insbesondere das zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmal der „Absicht“ ist dabei kein taugliches Kriterium, um eine Sanktionierung grundsätzlich seriöser Werbebotschaften auszuschliessen.

Anknüpfungspunkt muss nach Auffassung von eco das massenhafte Versenden ohne Einwilligung der Empfänger sein. Dies wiederum ist aber vor dem Hintergrund strafrechtlich relevanten Handelns zu diskutieren, da hier vorsätzlich erhebliche Schäden an den Infrastrukturen der Provider und damit dem Rückgrat der E-Mail-Kommunikation insgesamt verursacht werden. Eine ergänzende Regelung wie im TMG-E vorgesehen hält eco nicht für zielführend.

Gegenüber weiteren gesetzlichen Regelungen abseits der Strafverfolgung sind vielmehr Selbstregulierungsmaßnahmen der Wirtschaft insbesondere vor dem Hintergrund des internationalen Aspektes der Spam-Problematik der Vorzug zu geben.

So kooperiert die von eco betriebene Hotline mit internationalen Hotlines in 19 Staaten und kann daher auch auf internationaler Ebene agieren.

Weiter wird mit dem von eco initiierten Projekt „Spotsam“ insbesondere die internationale Verfolgung von Spammern und die Aggregation von Beschwerden zur Ermöglichung einer effizienten Verfolgung auch über nationale Grenzen hinweg verfolgt.

Darüber hinaus ist mit dem „Aktionsbündnis gegen Spam“ ein wichtiges und effektives Instrument auf nationaler Ebene geschaffen worden, mit dem Wirtschaft und Verbraucherverbände (VZBV, WBZ und eco) gemeinsam ihre Kräfte und ihr Know-How bündeln.

Abschnitt 3

Verantwortlichkeit

Obwohl in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Haftung bei Internet-Versteigerungen (Rolex / Ricardo-Urteil⁵) Bezug genommen wird und die Befürchtungen der Internetwirtschaft im Hinblick auf eine Aushebelung des grundsätzlichen Verbots proaktiver Überwachungspflichten über fremde Inhalte bekannt sind, wird dieser Problematik in keiner Weise Rechnung getragen.

eco weist in diesem Zusammenhang noch einmal darauf hin, dass zwischenzeitlich in zahlreichen Urteilen unterschiedlichsten Anbietern Prüfpflichten auferlegt werden, die fremde Inhalte betreffen⁶. Seit der „Rolex / Ricardo-Entscheidung“ des BGH, nach der die Haftungsprivilegierung sich nur auf die strafrechtliche Verantwortung bzw. die Verpflichtung zum Schadenersatz beziehe, nicht aber auf die Störerhaftung auf Unterlassung, ist eine Tendenz festzustellen, die dem durch den Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigten Verbot proaktiver Überwachungspflichten entgegenläuft. Dies ist für große Teile der Internetwirtschaft mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden. Sowohl für Forenbetreiber, als auch für Anbieter von Internet-Auktionen, insbesondere aber zunehmend auch für Suchmaschinenbetreiber ist die Haftungslage zunehmend unklar und mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden.

In der Rechtsprechung ist eine Tendenz dahingehend zu beobachten, derartigen Anbietern zunehmend Prüfungspflichten aufzuerlegen und damit eine Störerhaftung zu begründen, die auch die zukünftige Vermeidung von Rechtsverletzungen umfasst und damit proaktive Überwachungspflichten begründet.

⁵ BGH vom 11.03.2004, Az. I ZR 304/01

⁶ OLG Hamburg, Urteil vom 22.8.2006, 7 U 50/06 („Heise Forum“); OLG Brandenburg, Urteil vom 13.6.2006, 6 U 114/05 („Störerhaftung eBay“); OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.6.2006, I-15 U 21/06 („Forenhaftung“); LG Berlin, Urteil vom 22.2.2005, 27 O 45/05 („Suchmaschinenhaftung“)
Berlin, 06.12.2006

eco empfiehlt hier dringend eine gesetzliche Klarstellung dahingehend, dass sich die Haftungsprivilegierung auch auf Unterlassungsansprüche bezieht. Nur dadurch kann sichergestellt werden, dass dem Willen des Gesetzgebers nach einem grundsätzlichen Verbot proaktiver Überwachungspflichten gem. § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG-E Rechnung getragen wird und die Rechtssprechung derartige Überwachungspflichten nicht begründen kann.

Soweit in der Gesetzesbegründung auf die derzeitige Evaluierung der E-Commerce Richtlinie abgestellt wird, die auch eine Überprüfung der Verantwortlichkeitsregel zum Gegenstand hat, sollte nach Auffassung des eco keinesfalls das Ergebnis dieser Evaluierung abgewartet werden.

Vielmehr bietet sich hier der Bundesregierungen die Möglichkeit, gerade im Hinblick auf diese Evaluierung die nationale Gesetzgebung bereits jetzt anzupassen und damit ein entscheidendes Signal für die Evaluierung der Verantwortlichkeit auf EU-Ebene zu setzen. So konnte die Bundesregierung auch das IUKDG in seiner ursprünglichen Form insbesondere im Hinblick auf die Regeln zur abgestuften Verantwortlichkeit von Providern maßgeblich dadurch prägen, dass auf nationaler Ebene bereits ein entsprechender Rechtsrahmen in Kraft war.

§ 8 – Durchleiten von Informationen

Bei der Haftung von Anbietern, die fremde Informationen in einem Kommunikationsnetz lediglich übermitteln oder den Zugang zur Nutzung vermitteln hält eco insbesondere eine gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf die Haftung von Suchmaschinen-Anbietern für geboten.

Die Haftung von Suchmaschinenbetreiber für Inhalte Dritter muss sich grundsätzlich nach § 8 TMG-E richten. Die Anbieter vermitteln lediglich den Zugang zu Angeboten Dritter, ohne eine Übermittlung zu veranlassen, ohne den Adressaten auszuwählen und ohne die übermittelten Informationen auszuwählen oder zu verändern.

Hier ist insbesondere der mittels entsprechender Suchsoftware (sog. „Crawler“ bzw. „Spider“) automatisierte technische Vorgang des „Indexierens“ zu berücksichtigen, durch den erhebliche Datenvolumen immer wieder neu indexiert werden, die für den Suchmaschinenbetreiber schlicht nicht kontrollierbar sind. Die Beherrschbarkeit der Inhalte, zu denen der Zugang vermittelt wird, ist hier nicht mehr gegeben. Darüber hinaus wird mit der Regelung des § 8 Abs. 2 TMG-E auf die für Suchmaschinenbetreiber typische Technik des „Caching“ abgestellt.

Dennoch werden in der Praxis unterschiedliche Auffassungen zur Haftung von Suchmaschinen vertreten. eco empfiehlt daher eine gesetzliche Klarstellung, die keine Zweifel über die Anwendbarkeit des § 8 TMG-E auf Suchmaschinen mehr zulässt. So wurde auch in Österreich im Zuge der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie eine ausdrückliche Regelung im dortigen E-Commerce Gesetz (ECG) geschaffen⁷.

§ 10 – Speicherung von Informationen

eco empfiehlt ebenfalls, die seit langem diskutierte und geforderte, klare gesetzliche Regelung der Haftung für Hyperlinks einzuführen. Auch hier hat der Österreichische Gesetzgeber eine entsprechende Regelung eingeführt, mit der Rechtsunsicherheiten vermieden werden⁸ und hat die Haftung für Links der Haftung vergleichbar der Haftung für gespeicherte Inhalte Dritter (Hosting)

⁷ vgl. § 14 Abs. 1 Österreichisches ECG:

„Ein Diensteanbieter, der Nutzern eine Suchmaschine oder andere elektronische Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen bereitstellt, ist für die abgefragten Informationen nicht verantwortlich, sofern er 1. die Übermittlung der abgefragten Informationen nicht veranlasst, 2. den Empfänger der abgefragten Informationen nicht auswählt und 3. die abgefragten Informationen weder auswählt noch verändert.“

⁸ Vgl. § 17 Abs. 1 Österreichisches ECG:

„Ein Diensteanbieter, der mittels eines elektronischen Verweises einen Zugang zu fremden Informationen eröffnet, ist für diese Informationen nicht verantwortlich, 1. sofern er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder, 2. sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt hat, unverzüglich tätig wird, um den elektronischen Verweis zu entfernen.“

geregelt. Die Übernahme der bisherigen Regelung des § 11 TDG birgt im Hinblick auf Hyperlinks erhebliche Rechtsunsicherheiten. Auch insofern bietet sich hier die Möglichkeit, gerade mit Blick auf die anstehende Evaluierung mit einer ausdrücklichen Regelung wieder eine Vorreiterrolle in der EU zu übernehmen.

Abschnitt 4

Datenschutz

Auch bei den Regelungen zum Datenschutz spielt die Frage zur Abgrenzung gegenüber dem TK-Datenschutz eine grundlegende Rolle.

Nach derzeitiger Rechtslage sehen sich insbesondere Internet-Service-Provider der Situation ausgesetzt, dass der vermeintlich zuständige Landesdatenschutzbeauftragte ihre Dienste als Teledienste einstuft, für deren Aufsicht die Landesdatenschutzbehörden zuständig sind. Gleichzeitig stuft der Bundesbeauftragte für den Datenschutz die Dienste als Telekommunikationsdienste ein, die seine Zuständigkeit begründen.

Dies führt zu einer grotesken Situation, in der bundesweit tätige ISP den unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Landesdatenschutzbehörden ausgesetzt sind und beispielsweise im Hinblick auf die Speicherung von Abrechnungsdaten unterschiedlich behandelt werden.

§ 11 – Anbieter-Nutzer-Verhältnis

eco begrüßt grundsätzlich die neu eingeführte Regelung in § 11 Abs. 3 TMG-E, wenngleich sie nach wie vor keine ausreichende Abgrenzung zwischen Telemedien- und TK-Datenschutz darstellt⁹.

Während grundsätzlich auch solche Dienste durch das TMG erfasst werden sollen, die überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen (vgl. § 1 Abs. 1 TMG-E) wird im Hinblick auf die Regelungen zum Datenschutz in § 11 Abs. 3 TMG-E von diesem Grundsatz wieder abgewichen und für solche Dienste „nur“ die Anwendbarkeit der Vorschriften zum Koppelungsverbot (§ 12 Abs.3), die Datenverarbeitung zur Bekämpfung missbräuchlicher Nutzung (§ 15 Abs. 8) und die Sanktionen gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 2 und 5 TMG-E erklärt. Gerade dort, wo aufgrund des unklaren Abgrenzungskriteriums „überwiegend“ ohnehin mit

⁹ Vgl. oben, S. 4
Berlin, 06.12.2006

Abgrenzungsschwierigkeiten zu rechnen ist, wird dadurch eine weitergehende Unsicherheit für solche Anbieter geschaffen.

Es bleibt daher insbesondere für Access- und E-Mail-Provider nicht nur bei einer Doppelregulierung. eco empfiehlt daher auch hier, auf das Kriterium „überwiegend“ als Abgrenzungsmerkmal zu verzichten und solche Dienste konsequent und ausschließlich dem TKG zu unterstellen.

Im Übrigen wird auch das Problem der doppelten Zuständigkeit sowohl der Landesdatenschutzbehörden, als auch des Bundesdatenschutzbeauftragten nicht beseitigt. Die Zuständigkeit hängt auch weiterhin davon ab, wie und aus welchem Interesse heraus eine Behörde das Abgrenzungskriterium „überwiegend“ auslegt. eco empfiehlt daher, eine einheitliche Zuständigkeit, jedenfalls aber eine einheitliche Anlaufstelle sowohl für TK- und Telemediendienste zu begründen.

§ 12 – Grundsätze

Der eco Verband empfiehlt eine Klarstellung des „Kopplungsverbotes“ gemäß § 12 Abs. 3 TMG-E. Die Regelung wurde zur Vermeidung der Ausnutzung einer Monopolstellung eingeführt¹⁰. Sofern der Nutzer andere Zugangsmöglichkeiten zu dem nachgefragten Teledienst beispielsweise über einen anderen Anbieter hat, soll die Regelung nicht greifen¹¹.

Dem gegenüber wird die Regelung vielerorts dahingehend ausgelegt, dass die Kopplung der Einwilligung zur Verwendung von Nutzerdaten an die Erbringung eines Dienstes auch dann nicht zulässig sein soll, wenn der Nutzer ein vergleichbares Angebot eines anderen Anbieters ohne Preisgabe seiner Daten nutzen könnte. Dies widerspricht der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, da die Dispositionsfreiheit des Nutzers über seine Daten in diesem Fall gewahrt wäre. Im Vergleich zur Marktsituation beim Inkrafttreten dieser Regelung sind

¹⁰ Engel-Flechsigt, DuD 1997, 474

¹¹ Bizer in Rossnagel, Recht der Multimediendienste, § 3 TDDSG, Rn. 123
Berlin, 06.12.2006

heute für nahezu alle angebotenen Dienste Alternativen vorhanden. Vor diesem Hintergrund ist eine entsprechende Klarstellung der Regelung erforderlich.

§ 13 – Pflichten des Diensteanbieters

Die in 13 Abs. 1 TMG-E enthaltenen Hinweispflichten sind ein wichtiger Bestandteil des Datenschutzes bei der Nutzung von Telemedien. Die Art und Weise der Unterrichtungspflichten muss jedoch vor dem Hintergrund der technischen Umsetzbarkeit bei unterschiedlichen Dienstangeboten gesehen werden. Es muss sichergestellt sein, dass die Unterrichtungspflichten beispielsweise auch bei mobilen Diensten in verträglicher Weise umgesetzt werden können.

Auch hier empfiehlt eco daher die Einführung einer „Medienverträglichkeitsklausel“¹².

Auch die unverändert übernommene Anzeigeverpflichtung im Falle der Weitervermittlung zu einem anderen Diensteanbieter gemäß § 13 Abs. 5 TMG-E ist nach Auffassung von eco anzupassen. Die Vorschrift soll unter anderem die Fälle der Weitervermittlung zu anderen Dienstetypen, also von einem Telediensteanbieter zu einem Mediendiensteanbieter regeln¹³. Bereits insoweit wäre die Regelung daher anzupassen, da mit dem TMG-E die bisherigen Tele- und Mediendienste einheitlich zu „Telemedien“ zusammengefasst werden und die Unterscheidung nach Dienstetypen daher obsolet ist.

Unabhängig davon beinhalten viele Geschäftsmodelle die Erbringung von Telediensten durch mehrer Anbieter und sind zwangsläufig mit einer Weiterleitung verbunden. In anderen Fällen ist die Weiterleitung so offensichtlich (z.B. Weiterleitung von einem Portal auf einen von Dritten betriebenen Online-Shop), dass ein ausdrücklicher Hinweis zur Wahrung des Transparenzgebotes nicht erforderlich ist. Für diese Fälle empfiehlt eco eine Anpassung bzw. Klarstellung

¹² wie auch bei der „Impressumpflicht“ gem. § 5 TMG-E, vgl. oben, S. 6

¹³ Schaar / Schulz in Rossnagel, Recht der Multimediadienste, § 4, Rn. 102

der Vorschrift, die den Entwicklungen des E-Commerce angemessen Rechnung trägt.

§ 14 - Bestandsdaten

Im Hinblick auf die Regelung in § 14 Abs. 2 TMG-E, mit der die sich vermeintlich aus der EU-Richtlinie zur Durchsetzung des geistigen Eigentums (2004/48/EG) ergebenden Anforderungen umgesetzt werden sollen, verweist eco auf seine Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 14.02.2006.
